

קריטריונים להכרה בתכנית אכיפה פנימית בתחום ניירות הערך וניהול השקעות – שאלות ותשובות

האם מוטלת חובה על תאגיד לגבש וליישם תכנית אכיפה פנימית?

ככלל, תכנית אכיפה פנימית הינה מנגנון וולונטרי אותו מאמץ ומיישם תאגיד באופן שוטף כדי לוודא ציות של התאגיד ושל היחידים בו לדיני ניירות ערך: חוק ניירות ערך, תשכ"ח – 1968 ("חוק ניירות ערך"), חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד 1994 ("חוק השקעות משותפות בנאמנות"), וחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה - 1995 ("חוק הייעוץ") (לעיל ולהלן ביחד: "דיני ניירות ערך").

חריג לכך נקבע בתיקון חקיקה שנכנס לתוקף לאחרונה, חוק הממשל התאגידי למנהלי קרנות נאמנות ולמנהלי תיקים, התשע"ב – 2011, אשר מחייב קיומה של תכנית אכיפה פנימית בחברות ניהול קרנות נאמנות ובחברות ניהול תיקים גדולות ואף קובע סנקציות של עיצומים כספיים על אי עריכת תכנית אכיפה פנימית נאותה¹ ואי אישורה כנדרש ע"י הדירקטוריון במשך תקופה העולה על ששה חודשים. חברות ניהול תיקים גדולות מוגדרות בחוק האמור כחברות בעלות רישיון ניהול תיקים שיש להן ביחד עם חברות אחרות בעלות רישיון ניהול תיקים, המשתייכות לאותה קבוצה², מעל לחמישים לקוחות ושווי הנכסים שלהן הוא מעל ל- 5 מיליארד ₪, או חברות כאמור שיש להן מעל לאלף לקוחות.

האם לקיומה של תכנית אכיפה פנימית יש משמעות לעניין הטלת עיצום כספי "פשוט"?

במסגרת ההליכים המנהליים שמוסמכת רשות ניירות ערך לנקוט כנגד מי שהפר את הוראות החוקים עליהם היא אמונה, קיים הליך של הטלת עיצום כספי בגין הפרות פשוטות יחסית של הוראות החוק, בידי רשות ניירות ערך (להלן - "עיצום כספי פשוט"), לפי פרק ח'3 לחוק ניירות ערך, פרק ז'1 לחוק הייעוץ או פרק י' לחוק השקעות משותפות.

תכנית אכיפה פנימית אפקטיבית יכולה להוות שיקול להפחתה בגובה העיצום הכספי וזאת לפי תקנה (2) לתקנות ניירות ערך (הפחתה של סכומי עיצום כספי), התשע"א- 2011 (להלן – "תקנות ההפחתה"), שעניינה הפחתה במצב בו תאגיד שמעד פועל לתיקון ההפרה ומניעת הישנותה, בין היתר במקרה בו החל מיוזמתו בהכנת תכנית אכיפה. ההפחתה במקרה זה יכולה להגיע עד 25% מסכום העיצום הכספי שניתן להטיל, אם התאגיד עשה זאת לאחר פניית הרשות אליו באותו עניין או עד 50% אם עשה זאת לפני פניית הרשות. אפשרות נוספת להפחתה הינה לפי תקנה (4)2 לתקנות ההפחתה, שעניינה הפחתה בשל "קולת העובדות המהוות את ההפרה ונסיבות עובדתיות אחרות (ובכלל זה, תפקידו של המפר, היקף ההפרה, הרווח שהיה עשוי להיות מופק ממנה, ההפסד שהיה עשוי להימנע או הנזק שהיה עשוי להיגרם בעקבותיה) – עד 50%".

¹ בסעיף 24 לחוק הממשל התאגידי הנ"ל נקבעה הסמכה לשר האוצר לקבוע הוראות להבטחת יעילותם של מערך הבקרה הפנימית ותכנית האכיפה הפנימית ופעילותם התקינה.

² "קבוצה" – מוגדרת כ"קבוצה של תאגידים שמקיימים ביניהם קשרי שליטה לרבות חברה בת וחברה קשורה בהגדרתן בחוק ניירות ערך וחברה השולטת בכל אחת מהן".

האם הליך האכיפה המנהלי חל על חברות דואליות באופן כזה שגם להן יש תמריץ לעריכת תכנית אכיפה פנימית?

הדין המנהלי על פי חוק ניירות ערך לא החריג חברות דואליות, אם כי לנוכח ההסדר הייחודי שהן כפופות לו, תחולת הדינים הפלילי והמנהלי בעניינן מצומצמת יותר. על החברות הדואליות חלות הפרות מנהליות שונות, בהן הפרות העוסקות בשימוש במידע פנים, הנעה ומניפולציה, הטעית רשות, וכן הפרות ספציפיות של פרק ה'3 לחוק ניירות ערך, העוסק בחובות הרישום והדיווח של החברות ברישום כפול. לאור זאת, תכנית אכיפה שתמודד עם האחריות להפרת הדין בתחומים אלה הינה רלבנטית גם לחברות דואליות.

האם הדירקטוריון מחוייב לכך שהגורם האחראי מטעמו לפיקוח ומעקב תהיה ועדה של הדירקטוריון שכל חבריה דירקטורים או כל ועדה אחרת מטעמו של הדירקטוריון?

במסמך הקריטריונים שפרסמה הרשות נקבע כי "הדירקטוריון יקבע מי יהיה הגורם האחראי מבחינתו לפיקוח על ביצוע תכנית האכיפה, בין הדירקטוריון עצמו ובין ועדת הביקורת או כל ועדה אחרת שלו". ועדת הביקורת הינה ועדה סטטוטורית שהרכב חבריה מעוגן בחוק, על מנת לשמור על אי-תלותה. לעומת זאת, בכל הקשור ל"ועדה אחרת" – נשאלת השאלה מה אופי הוועדה שהדירקטוריון יכול להטיל עליה את האחריות לפיקוח על ביצוע תכנית האכיפה הפנימית, כאשר לשאלה זו השפעה על הרכב אותה וועדה, בהתאם להוראות סעיף 110 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן – "חוק החברות"): לפי סעיף 110(ב) לחוק החברות, בוועדת דירקטוריון שהדירקטוריון אצל לה מסמכויותיו לא יכהן מי שאינו חבר דירקטוריון. לעומת זאת, סעיף 110(ג) קובע כי וועדה שתפקידה ליעץ לדירקטוריון או להמליץ לו בלבד, יכול שיכהנו בה גם מי שאינם חברים בדירקטוריון.

לטעמנו, אין לראות וועדה בעניין זה כמי שבאה רק ליעץ או להמליץ לדירקטוריון. "ועדה אחרת" במקרה זה נוהגת כשלוחה של הדירקטוריון, ובאה לתפקד כידו הארוכה בכל הנושאים שנקבעו במסמך הקריטריונים. בסמכות הוועדה להחליט על כל אותן פעולות שיש לבצע על מנת ליישם את הפיקוח על ביצוע תכנית האכיפה, והכוונה היא שכל פעולה שנעשתה בוועדה זו כמוה כפעולה שנעשתה בדירקטוריון, לרבות לעניין אחריות חברי הדירקטוריון, כפי שהחוק קובע לעניין "ועדה נאצלת" (סעיף 111(א) לחוק החברות).

כך גם מבחינת התפקידים שקנויים לוועדה, על פי מסמך הקריטריונים עולה כי מדובר בוועדה שבסמכותה להחליט, ואף לבצע פעולות, כידו הארוכה, של הדירקטוריון – על הוועדה יהיה לפקח פיקוח על, ולוודא כי תכנית האכיפה מוצאת מן הכוח אל הפועל על ידי הממונה על האכיפה. בנוסף, הוועדה תהא אחראית על ביקורת התכנית ועליה בעצם לבקר את ביצוע התכנית. על פי מסמך הקריטריונים הוועדה יכולה ותהיה גם אחראית על טיפול באירועי אכיפה, ועליה יהיה לוודא כי הוראות נהלי האכיפה מיושמות הלכה למעשה.

גם מן המטרה לשמה ניתנה במסמך הקריטריונים לדירקטוריון אפשרות למנות "ועדה אחרת" כגורם אחראי מטעמו, ניתן ללמוד כי הכוונה הייתה שהדירקטוריון יאציל מסמכותו לוועדה זו, מתוך הבנה שלא ניתן להטיל על הדירקטוריון לבצע את כל עבודת הפיקוח על תכנית האכיפה הפנימית לבדו.

לכן בעניין הזה מדובר בהאצלה של סמכות הדירקטוריון לגורם האחראי מטעמו, לעקוב ולפקח על יישום התוכנית. מכאן, שהוועדה הינה ועדה נאצלת על פי טיבה ולפיכך, על פי סעיף 110(ב) האמור, כל החברים בה צריכים להיות חברי דירקטוריון ובחברה ציבורית, יכהן בה לפחות דח"צ אחד (לפי סעיף 243 לחוק החברות).

האם מינוי ממונה על האכיפה שהינו אדם חיצוני לחברה, שאינו נושא בה כל תפקיד, כמו יועץ משפטי חיצוני לחברה, יקיים את הקריטריונים לתכנית אכיפה אפקטיבית?

הרעיון העומד מאחורי מינוי ממונה על האכיפה הוא כי, בדרך כלל, יהיה מדובר באדם פנימי השייך למבנה ההיררכי של החברה ומצוי, במידת האפשר, במיקום הגאוגרפי של החברה. זאת כדי להגביר את מחויבותו לה, את היכרותו עם אנשיה ועסקיה וכן כדי ליצור בסיס ליחסי אמון עם אנשי החברה ולהבטיח את הציות המלא שלהם אליו בנושא האכיפה. מינוי של אדם חיצוני, שאינו מהווה חלק מן החברה ובדרך כלל משרדיו ממוקמים במקום אחר, עלול לגרום לכך שמידת מעורבותו תהיה מוגבלת כמו גם מידת ידיעתו על המתרחש בחברה, הנגישות שתהיה לו למידע בחברה ונגישות אנשי החברה אליו.

לפיכך, מינוי ממונה על האכיפה מתוך החברה יענה באופן מיטבי על הקריטריון האמור. יחד עם זאת, בנסיבות מסוימות, יכול שתתקבל סטייה מהכלל האמור. כך למשל, בחברה קטנה, עם מספר זעום של עובדים, ישנו חשש שמינוי אחד העובדים כממונה על האכיפה לא יביא ליישום אפקטיבי של תכנית האכיפה. במקרה כזה יכול להיות שתכנית האכיפה תוכר גם כאשר הממונה על האכיפה יהיה אדם חיצוני לחברה, במידה ויתקיימו לגביו יתר התנאים בקריטריונים, כגון גישה חופשית למידע ולעובדים בחברה, סמכויות ביצוע, משאבים נאותים וכד'.

האם מנכ"ל החברה יכול להיות הממונה על האכיפה?

הקביעה האם בחברה מסוימת, מינוי המנכ"ל כממונה על האכיפה עונה על הקריטריונים לתכנית אכיפה אפקטיבית, הינה תלויה נסיבות ומאפייני החברה. בתאגיד גדול ברור שהדבר אינו רצוי, שכן הממונה אמור לפקח גם על התנהגות המנכ"ל וההנהלה. במידה ומדובר בתאגיד קטן, או בנסיבות חריגות אחרות יתכן כי מינויו של מנכ"ל כממונה על האכיפה לא יפגע בהכרה באפקטיביות התכנית.

האם הממונה על האכיפה יכול להיות בעל תפקיד בדרג נמוך יותר מאשר חבר הנהלה או נושא משרה?

הרציונל העיקרי העומד מאחורי הקריטריונים לתכנית אכיפה אפקטיבית שנקבעו, היה להציב את הממונה על האכיפה במקום גבוה יחסית בהיררכיה של החברה על מנת שיוכל למלא את תפקידו כהלכה וללא מורא, שתהיה לו גישה ישירה לכל עובדי ומסמכי החברה וגם לדירקטוריון ותהיה לו הסמכותיות הנדרשת על מנת שעובדי החברה יפנו אליו במקרים המתאימים. בקריטריונים צוינו שתי אלטרנטיבות למינוי הממונה: האחת, שיהיה חבר הנהלה והשנייה, שיהיה נושא משרה בחברה. אם ידורג בעמדה פחות בכירה מזו, המשמעות תהיה שהוא יאבד את מעמדו הבכיר בתאגיד וזאת בניגוד למטרה האמורה ולפיכך, לא נקבל במקרה זה כי התקיים הקריטריון בתוכנית אכיפה יעילה, העוסק בממונה על האכיפה.

האם יכול להיות ממונה אחד לקבוצת חברות?

באשכול חברות בו פעילותן העסקית של החברות הבנות הינה פעילות דומה ובאותו ענף, ניתן למנות ממונה אחד, שימונה כממונה על האכיפה בכל אחת מן החברות באשכול, ובלבד שיוכח כי יוכל לבצע את תפקידו בכל אחת מן החברות באופן יעיל. בעניין זה די בכך שישמש חבר הנהלה או נושא משרה בחברת האם בקבוצה אך ימונה לממונה על האכיפה בכל אחת מן החברות קבוצה, לרבות הבטחת גישה מלאה בחברות הקבוצה לכל המידע הדרוש ויצירת ערוצי דווח אליו. לגבי האחריות העליונה לאישורה וביצועה של התכנית, לא יתאפשר לדירקטוריון אחד להאציל סמכותו לשני. הדירקטוריון בכל אחת מחברות הקבוצה יידרש לקחת אחריות על התכנית בחברה בה הוא מכהן ולאשר את מינויו של הממונה על האכיפה בקבוצה.

האם המבקר הפנימי יכול להיות ממונה על האכיפה?

המבקר הפנימי עוסק בביקורת הדרג הביצועי, אשר הממונה על האכיפה נכלל בו. על כן לכאורה מתקיים ניגוד עניינים בין שני התפקידים ולכן לתפיסתנו הוא לא יוכל למלא תפקיד זה. כמו כן, חוק הביקורת הפנימית, תשנ"ב-1982 כולל הוראה על ייחוד תפקיד המבקר הפנימי³, אשר הוחלה בחוק החברות (סעיף 147), חוק השקעות משותפות בנאמנות (סעיף 99א(א)) ובחוק הייעוץ (24ט).

מה היחס בין נהלי תכנית האכיפה הפנימית לנהלי ה-ISOX?

תקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים) התש"ל-1970 מחייבות תאגיד מדווח לקיים תהליך של הערכת אפקטיביות הבקרה הפנימית על הדיווח הכספי והגילוי (להלן: "נהלי ISOX"). הרשות פרסמה עמדה משפטית בדבר עקרונות מנחים ליישום הבקרה הפנימית כאמור (עמדה

³ ר' סעיף 8 לחוק הביקורת הפנימית.

איתור הסיכונים והטיפול בהם וישתלבו במערך נהלי האכיפה שיאומצו, כך שלגבי הדוחות הכספיים המצורפים לדוחות התקופתיים ולדוחות הרבעוניים, אשר לגביהם חלים נהלי ISOX, הרי נהלים אלה ממצים וראויים במסגרת תכנית אכיפה פנימית ביחס לדוחות אלה.

יחד עם זאת, נהלי ISOX אינם ממצים את הטיפול בנושא הדיווחים. כידוע, נהלי ISOX אינם מתייחסים לדרכים לוודא נכונות ושלמות הדיווחים המידיים. לפיכך, על כל תאגיד לבצע את השילוב בין שתי מערכות הנהלים באופן שיחזקו וישלימו אלו את אלו.